

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LAS PAREJAS DE
MUJERES HOMOSEXUALES

*THE ASSISTED REPRODUCTION AND FILIATION. SPECIAL
REFERENCE TO HOMOSEXUAL WOMEN COUPLES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 376-401



Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El presente trabajo analiza, de forma general, la evolución que ha tenido el art. 7.3 LTRHA desde su introducción por la Ley 3/2007, de 15 de marzo. En este sentido, expone cuál ha sido la solución del legislador respecto a la utilización de las técnicas de reproducción asistida por parte de las parejas de mujeres homosexuales. E igualmente, examina cuáles han sido las resoluciones más relevantes sobre la materia en los últimos años. Todo ello, con la finalidad de poner de relieve el poco acierto del legislador y la necesidad de reformular el régimen de filiación ante el desafío que supone para el jurista la aparición de la reproducción asistida.

PALABRAS CLAVE: Filiación, reproducción asistida, inseminación artificial, impugnación de la filiación, reclamación de la filiación, determinación de la filiación, parejas homosexuales.

ABSTRACT: *This paper analyses, in general, the evolution that has had the art. 7.3 LTRHA since its introduction by the Act 3/2007, 15 march. In that way, it shows which has been the legislator's solution about the use of assisted reproduction techniques by homosexual women couples. Likewise, it studies which resolutions on the matter have been more relevant in the last years. All this, to set out the legislator's failure and the need to reformulate the filiation regime in face of the challenge that assisted reproduction implies.*

KEY WORDS: *Filiation, assisted reproduction, artificial insemination, objection of filiation, claim of filiation, determination of filiation, homosexual couples.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTES DE LA REFORMA DE 2015.- I. Ideas generales.- 2. La STS 5 de diciembre de 2013 y el consentimiento de la mujer no gestante.- III. EL RÉGIMEN DE FILIACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015.- I. Dificultades entorno a la aplicación del art. 7.3 LTRHA.- 2. El criterio de la RDGRN de 8 de febrero de 2017.- 3. De aquellos polvos vienen estos lodos: La SAP valencia, 27 de noviembre de 2017.- IV. EL FUTURO DE LA FILIACIÓN Y SU ENCAJE CON EL FENÓMENO DE LAS TRHA.

I. INTRODUCCIÓN.

El progreso de la ciencia médica ha dado lugar a avances que han permitido realizar lo que antaño se consideraba inimaginable. No obstante, si dichos avances no van acompañados de un adecuado apoyo legislativo el resultado puede no ser del todo satisfactorio. El supuesto de la reproducción asistida es prueba de ello. Las prisas en la reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), a raíz de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no nos llevaron al mejor puerto, creando algunas inconsistencias como las que se producen en el sistema de determinación de la filiación. La pervivencia del sistema general, basado en la verdad biológica, recogido en el Código Civil, con la incorporación de normas especiales basadas en la voluntad de ser progenitor incluidas en la LTRHA no parece que sea la solución más acertada, ni mucho menos, la más coherente. Más aún, cuando la generalidad de la doctrina lleva reclamando desde hace tiempo una reforma en profundidad del sistema de filiación. De hecho, los cambios introducidos por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, tampoco mejoran sustancialmente la cuestión.

II. LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTES DE LA REFORMA DE 2015.

I. Ideas generales.

Desde la concepción de la Constitución de 1978, el sistema de filiación español comenzó un camino de modernización que sigue hasta nuestros días. El primer

• Gonzalo Muñoz Rodrigo

Graduado en Derecho por la Universitat de València, Becario del Departamento de Derecho Civil de dicha Universidad, gonmuro@alumni.uv.es

paso, fue dado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo que adaptó el régimen de filiación al nuevo marco constitucional. Así, como reglas más destacables cabe señalar: el reconocimiento de los mismos efectos tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial, la existencia de un sistema de determinación de la filiación distinto entre la filiación matrimonial y la no matrimonial (es decir, el recurso a la presunción de la paternidad en la filiación matrimonial como clave de bóveda del sistema, mientras que la no matrimonial se basaba básicamente en el reconocimiento) y luego un sistema de acciones de reclamación e impugnación de la paternidad y maternidad donde el principio de seguridad jurídica y la protección a la estabilidad familiar tenían un peso fundamental (por ejemplo, llama la atención que pese a reconocerse el principio a la investigación de la paternidad en la Constitución [art. 39.2 CE], si la paternidad no había quedado determinada extrajudicialmente en su momento, mientras el hijo podía durante toda su vida averiguar quién era su padre, el progenitor no casado con la madre, si no tenía posesión de estado, carecía de legitimación para reclamar su paternidad)¹. Dichas reglas, obviamente, estaban inspiradas en los arts. 14, 24 y 39 CE, que reconocían, el derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, la protección de los hijos y la libre investigación de la paternidad.

Aunque tales normas supusieron en aquel tiempo una mejora importantísima en el Derecho de Familia, como es normal, el tiempo y el progreso avanzan de manera inexorable. Por tanto, con la llegada del siglo XXI, la visión y la forma de vivir y entender la sociedad de las personas en España ha cambiado sustancialmente. Por consiguiente, algunas de las reglas que habían regido el sistema de filiación en España quedaron obsoletas. Uno de los elementos que más caracterizaba y sigue caracterizando al sistema español, a parte de la existencia de algunas reglas especiales, es que se encuentra basado en el principio de la verdad biológica². A saber, sus reglas de determinación, así como las acciones judiciales tienen como objeto establecer cuál es el verdadero padre o la verdadera madre de una persona. El Código Civil, que es el sitio donde se encuentran fijados los títulos de atribución de la filiación, no contempla algo distinto, ni por asomo contiene ningún título basado en la voluntad de ser progenitor, salvo la institución de la adopción que merece un estudio individualizado. Prueba de ello es que los reconocimientos de complacencia, donde el que reconoce sabe a ciencia cierta que no es padre del reconocido, no están admitidos en el derecho español y esa supuesta paternidad puede ser impugnada³.

1 Reflexiona brevemente sobre el sistema creado en el marco de la Constitución, QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación e Impugnación de la Filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 19-23.

2 ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret*, núm. 2, Barcelona, 2018, p. 4.

3 Vid. STS 15 julio 2016 (RJ 2016, 3196) y STS 28 noviembre 2016 (RJ 2016, 5636).

Es sabido que el legislador no siempre ha basado la filiación en el hecho natural de la generación, dado que la voluntad de ser progenitor se ha tenido presente como hecho al que la ley le puede otorgar efectos jurídicos⁴. La adopción, como he señalado es el ejemplo más claro (regulada en los art. 176 y ss. CC) y el propio Código Civil reconoce en su art. 108 que los dos tipos de filiación son: la filiación por naturaleza y la adopción. De hecho, desde tiempos inmemoriales esto ha existido, los romanos no tenían dudas sobre que una persona puede también ser padre por el mero hecho de querer serlo⁵, a pesar de que la concepción de la familia y la paternidad era muy diferente a la que tenemos hoy en día⁶.

En consecuencia, todo esto nos puede servir de base para aceptar el reconocimiento de otro tipo de filiación como puede ser: la basada en el uso de técnicas de reproducción asistida.

Como ya he puesto de relieve, el progreso de la sociedad y la ciencia, provocó que muchas de las reglas, por no decir el sistema en su conjunto, resultasen caducas. De esta forma, la normalización por parte de la sociedad de diversos tipos de familia⁷ (monoparentales, homoparentales, etc.) y el reconocimiento del matrimonio homosexual, unido al creciente uso de las técnicas de reproducción asistida, demanda urgentemente una completa revisión y reforma del sistema de filiación⁸. De lo contrario, los distintos operadores jurídicos, ya sean jueces, encargados del registro, etc., se ven obligados a servirse de un sistema de normas que no ésta, ni preparado, ni pensado, para muchas de las situaciones que se pueden dar en la realidad actual.

Algunos pasos ya se han dado, pero queda mucho camino por recorrer. En este epígrafe me voy a detener en el sistema anterior a la reforma de 2015. En primer lugar, es necesario hacer referencia a la LTRHA, que ya introdujo los primeros cambios significativos al sistema de filiación recibido por la Ley 11/1981, que ya hemos comentado. La presente Ley establece que: "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su

4 QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 34, se pronuncia en el mismo sentido.

5 Los romanos tenían la llamada *adrogatio*, en la cual "una persona (adoptante) adquiere una potestad sobre un *filiusfamilias* (adoptado), bien en condición de hijo, o en la de nieto, es decir, como hijo del propio hijo, de manera que el padre del que adopta se hace abuelo del adoptado y, al morir el abuelo, la potestad queda en el hijo", VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Minim, Valencia, 2002, pp. 325 y 359.

6 BEARD, M.: *SPQR, Una historia de la Antigua Roma*, Crítica, 1ª ed., Barcelona, 2016, pp. 445 y 446, afirma que la adopción se utilizaba sobre todo entre las élites romanas como medio para elegir un sucesor que continuase el legado del adoptante cuando éste, por ejemplo, no tenía hijos naturales. Por lo que, los adoptados no solían ser bebés como es habitual en la actualidad. Entre otros ejemplos, destaca el del Emperador Nerva, que ya mayor y sin hijos, eligió al hispano Trajano como sucesor al trono por medio de la adopción.

7 PARRÓN CAMBERO, M.J.: "¿Mater semper certa est?", *Diario La Ley*, núm. 8293, 2014, p.1, apunta esta circunstancia y trae a colación la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280).

8 En este sentido se pronuncia ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La doble", cit., pp. 29 y 30.

utilización de manera libre, consciente y expresa" (art. 6.I LTRHA). Igualmente, hay que apuntar que: "La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual" (art. 6.I.II LTRHA). A continuación, en su art. 7.I ya se pone en materia de filiación, señalando que: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos". De este modo, la filiación se seguirá basando en sistema recogido en el Código Civil, es decir, se seguirán utilizando los mismos títulos para atribuir la filiación, así como las mismas acciones para reclamar e impugnar la filiación. A excepción, de alguna regla especial que ya no se fundamenta en el criterio de la verdad biológica, sino en el principio que inspira esta ley, la voluntad de ser progenitor. Como es el art. 7.3 LTRHA.

Si nos centramos en el aspecto de la determinación de la filiación, punto en el que mayor hincapié voy a hacer a lo largo de la comunicación. Respecto de las parejas heterosexuales, no cambia excesivamente el modelo anterior; no así en las de mujeres homosexuales en las que esta Ley despierta mayor interés. Por tanto, en cuanto a las primeras, la presunción de paternidad del art. 116 CC sigue teniendo plena vigencia y los hijos concebidos por medio de dichas técnicas se presumirán hijos del marido como si propios se tratasen aunque se recurra a una fecundación heteróloga⁹. Si no están casados los miembros de la pareja, la presunción no entrará en juego, pero si seguimos la redacción actual (no la de antes de 2015, si bien los cambios no son determinantes) podrán iniciar un expediente registral recurriendo al art. 8.2 LTRHA¹⁰ que permite que se considere "escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad". También, como vía más sencilla, si la fecundación es homóloga el hombre podrá efectuar un reconocimiento en el momento de la inscripción del nacimiento por medio del art. 120.1º CC, en concordancia con el art. 7.I LTRHA.

Por el contrario, en el caso de las parejas de mujeres homosexuales es donde encontramos la norma más controvertida, concretamente el art. 7.3 LTRHA. La redacción anterior a la reforma de 2015, decía así: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá

9 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (a cura di: G. CONTE e S. LANDINI), Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 603.

10 Ídem, *Ibid.*, pp. 606-609.

manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Lo que más llama la atención de este precepto especial y, al mismo tiempo, resulta más trascendental es que creó, al margen del régimen general del Código Civil, un nuevo título de atribución de la filiación¹¹ que no se sustenta en ninguno de los dos tipos de filiación que recoge el Código Civil, ya que no es puramente por naturaleza, ni tampoco por adopción¹². Además, es claro su alejamiento del sistema, habida cuenta que reconoce una "doble maternidad por naturaleza", cuando resulta evidente que la mujer no gestante no es madre por naturaleza, creando, por tanto, dicha norma una ficción legal respecto de su maternidad¹³.

Sin embargo, opino que la problemática que rodea a este artículo no se debe tanto a que su inclusión sea poco coherente con el sistema de filiación vigente¹⁴, que también, algo que se solucionaría con una reforma en profundidad del sistema. Sino a que hay una palmaria falta de técnica legislativa a la hora de redactarlo e insertarlo en el ordenamiento jurídico, lo que ha supuesto la aparición de numerosas dificultades prácticas y conflictos a la hora de su aplicación.

Si analizamos esta redacción, podemos entender que debido a su ubicación sistemática y lo restrictivo de sus requisitos aquella declaración que no cumpla con lo preceptuado en dicho artículo no daría lugar a una inscripción de doble maternidad por parte del Encargado del Registro Civil¹⁵. Al no estar reconocido en nuestro ordenamiento como carácter general un título de determinación extrajudicial de la filiación basado en la voluntad de ser progenitor, sin relación con la verdad biológica¹⁶, no se podría determinar la filiación de la mujer no gestante, si no es bajo los estrictos requisitos que establece la LTRHA. Al final, como acertadamente señaló ALBALADEJO, "como quiera que la norma excepcional es precisamente derogación de un principio para un caso, a otros posibles casos

11 Opinión bastante extendida por la doctrina, por todos QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 47.

12 QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 47, en términos similares, señalando que el art. 7.3 LTRHA "introduce una importante alteración de los criterios fundantes de las relaciones de filiación que sitúan la figura aquí recogida en un "terreno de nadie" entre la filiación por naturaleza y la adopción", INIESTA DELGADO, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 801 y 802.

13 Un sector de la doctrina ha considerado que dicha norma es poco más que estrambótica dado que es ajena a cualquier principio de nuestro sistema de filiación. BARBER CÁRCAMO, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", en *REDUR*, núm. 8, 2010, pp. 28-30.

14 Es decir, más que poco coherente, lo que hace es afectar a la propia cohesión del sistema, ya que la adopción no está basada en la verdad biológica y no por ello decimos que sea una institución poco coherente de nuestro ordenamiento jurídico.

15 QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., pp. 47 y ss, en el mismo sentido CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La llamada doble maternidad "por naturaleza": la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, núm. 8240, 2014, pp. 4-6.

16 QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 48.

no previstos hay que aplicarles el principio general y no la excepción"¹⁷. En consecuencia, esta es la principal dificultad práctica a la que se ha enfrentado este precepto, dando lugar a situaciones como la que tuvo que resolver la STS 5 diciembre 2013¹⁸.

De esta forma, la complejidad que ha entrañado este precepto se puede ver en diferentes aspectos¹⁹. En primer lugar, nos podemos fijar en que simplemente hace referencia a una declaración ante el Encargado del Registro Civil. Por tanto, ¿está vedando otras formas de manifestación de la voluntad? No podemos evitar que se nos pase por la cabeza la posibilidad de que la mujer no gestante realice una declaración ante notario reflejándose en la correspondiente escritura pública y que luego tras el nacimiento haga valer tal documento a efectos de que conste su voluntad de ser progenitora y, en consecuencia, pretenda el reconocimiento de su maternidad ex art. 7.3 LTRHA. Igualmente, podemos pensar en una disposición testamentaria realizada antes del nacimiento en el manifieste la voluntad de ser madre del *nasciturus*, con las correspondientes implicaciones en el ámbito sucesorio. En estos casos, parece plausible que el Encargado del Registro inscriba la segunda maternidad, no sería razonable una interpretación tan excluyente de la norma. Si bien, siempre sería una imprecisión que daría lugar al conflicto y la controversia.

En segundo lugar, resulta evidente la problemática que encierra el hecho de que la declaración se deba hacer antes del nacimiento. Supuesto que más detenidamente voy a analizar a propósito de la STS 5 diciembre 2013. Pero por lo expreso que es el texto y lo que he puesto de relieve con anterioridad, no parece que se pudiese admitir una declaración extemporánea. Algo que, como es natural, pondría en una situación extraña a la mujer no gestante que no tendría más remedio que adoptar al menor para que quede determinada también a su favor la filiación. No obstante, la situación no siempre será tan idílica y es posible que la pareja hubiese entrado en una crisis matrimonial al momento del nacimiento o al poco tiempo (caso de la STS 5 diciembre 2013), lo que dejaría a la mujer no gestante en una especie de limbo jurídico respecto de la menor si seguimos a rajatabla el tenor de la norma. Incluso, si nos ponemos en lo peor, que pasaría si la mujer gestante muere en el parto, ¿tampoco podría la mujer no gestante determinar a su favor la filiación si no había realizado con anterioridad la declaración?

17 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, Tomo I, vol. I, 14ª ed., Bosch, Barcelona, pp. 32 y 33.

18 Como analizaremos en el siguiente apartado el Tribunal Supremo no ha tenido problemas en suavizar la exigencia de tales requisitos formales, otorgando primacía a la voluntad concorde de las progenitoras de tener un hijo propio.

19 Un análisis en profundidad lleva a cabo QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., pp. 50-55.

En tercer lugar, también llama la atención que el supuesto solo contemplase a las parejas casadas, algo que, desde mi punto de vista, supone una clara discriminación a aquellas parejas que dentro de su libertad nupcial han decidido no casarse. No obstante, hay quien opina que se debería extender al caso de las mujeres no casadas²⁰. De todos modos, supone un agravio comparativo respecto a las parejas heterosexuales no casadas, que como digo *ut supra*²¹ tienen más facilidades para inscribir al nacido como propio. Sobre todo si estamos hablando de una fecundación heteróloga y la paternidad no se basa en la verdad biológica²². Aunque los problemas que puede dar este requisito, que se sigue exigiendo en la actual redacción, no acaban aquí. Por ejemplo, qué sucede si la pareja se ha separado o se ha divorciado antes del nacimiento. Si nos fijamos en la redacción, no sería descabellado afirmar que si estaban casadas en el momento de la declaración, igualmente se podría determinar la filiación si a la hora de nacer el concebido ya se encuentran divorciadas o separadas.

Hasta este momento, solo me he centrado en las parejas de mujeres homosexuales. De todos modos, es indudable que las parejas de hombres homosexuales son completamente infecundas y, por tanto, no pueden someterse a las técnicas de reproducción asistida. Por todo ello, el único mecanismo legal que tienen a su alcance es el recurso a la adopción. A pesar de la puerta que dejó abierta la DGRN²³, cuando permitió la inscripción de la filiación que había sido posible a través de una maternidad subrogada, si se aportaba una resolución judicial extranjera que hiciese constar la renuncia expresa y el libre consentimiento de la madre gestante, así como la no vulneración del interés superior del menor. Hoy en día, a raíz de la STS 6 febrero 2014²⁴ que resolvió sobre la impugnación de la RDGRN 18 febrero 2009²⁵, no se permite la inscripción registral si esta trae causa de una maternidad subrogada, por considerarse una práctica ilegal en nuestro país que vulnera la dignidad de la persona. De modo que, una inscripción sustentada en dicha práctica sería contraria al orden público.

2. La STS 5 de diciembre de 2013 y el consentimiento de la mujer no gestante.

Pues bien, la regulación antes señalada acabó desembocando en el caso enjuiciado por la STS 5 diciembre 2013, la cual para resolver una situación complicada reforzó el valor del consentimiento prestado en la clínica hasta tal

20 PARRÓN CAMBERO, M.J.: “¿Mater”, cit., pp. 4 y 5.

21 En texto describo como las parejas heterosexuales pueden determinar su maternidad y paternidad si acuden a las técnicas de reproducción asistida.

22 Opina igual PARRÓN CAMBERO, M.J.: “¿Mater”, cit., p. 4.

23 Por todas, la RDGRN 15 abril 2013 (RJ 2014, 833).

24 STS 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

25 RDGRN 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735).

punto que, en virtud de ella, la madre no gestante podía reclamar la filiación de la menor²⁶, si lo había firmado.

El supuesto del que parte el Supremo es, brevemente, el siguiente: El 16 de marzo de 2007 D^a Ana y D^a Lucía consintieron el proceso de fundación in vitro a la que iba someterse la primera. Posteriormente, el 3 de agosto de 2007 se casaron.

Entonces, el 14 de diciembre de 2007 nacieron las menores, que fueron inscritas solo como hijas de la gestante y con sus apellidos. Por este motivo, la madre inició un expediente de rectificación para que constase también la maternidad de su cónyuge, se modificasen los apellidos de las menores, así como constase su estado de casada. Dicho expediente se resolvió aceptando solo la modificación del estado civil, pero no la maternidad de la mujer no gestante.

La cuestión es que en junio 2009, D^a Ana y D^a Lucía rompen su relación, la cual termina en un divorcio sin que se hubiese determinado aún la filiación a favor de D^a Lucía.

Ante esta situación, D^a Lucía interpone una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, ya que había convivido con las menores un tiempo antes de la ruptura. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife le da la razón y estima existente la posesión de estado, instando la consecuente rectificación de la inscripción en el Registro Civil.

D^a Ana recurre en apelación, y la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1^a, de 24 octubre 2011²⁷, desestima el recurso alegando que había sido acreditada la posesión de estado, “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Así, D^a Ana interpone recurso de casación, el cual también es desestimado.

En definitiva, el Supremo basa su decisión en dar primacía a la voluntad de ser progenitor sobre la verdad biológica, apartándose del principio general que rige nuestro sistema de filiación²⁸. Porque considera que la determinación de la filiación “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la

26 Lo más destacable de la Sentencia, desde mi punto de vista, es que se llega a decir que “dicho consentimiento debe ser apreciado incluso aunque la posesión de estado hubiese sido escasa”. Algo que se puede interpretar como que el propio Supremo se sirve de la posesión de estado como una mera excusa, para verdaderamente sustentar la filiación de las menores en un consentimiento ante la clínica que carece de fundamento legal.

27 SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1^a, de 24 octubre 2011 (LA LEY 254814, 2011).

28 Como apunta CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada”, cit., p. 2, se reconoce que en ciertos supuestos lo que prevalece es la voluntad de ser progenitor y no la verdadera procedencia biológica.

técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo". En este sentido, fundamenta legalmente la decisión en base al art. 7.I LTRHA, que permitiría el ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad como es la posesión de estado, al amparo del art. 131 CC, ya que "constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no existe el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida", al constituir este consentimiento "la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras". Pero, lo más preocupante no es que se apoye en la posesión de estado para fundamentar una maternidad no biológica, sino que llega a decir que "dicho consentimiento debe ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige" (F.J. 3º). En resumen, el Alto Tribunal apunta que "la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad" (F.J. 3º).

Como he dicho anteriormente, parece que el Tribunal Supremo toma la posesión de estado como una mera excusa que legitime la interposición de una acción de reclamación en base a la ley, pero en verdad lo sustenta en el consentimiento prestado en la clínica. Declaración de voluntad a la que la ley no le otorga ningún efecto, y con esta interpretación parece que le otorgue el mismo valor que la declaración ante el Encargado del Registro²⁹.

La doctrina que recoge dicha Sentencia es tan excepcional y forzada que no debería ser aplicada a otros casos³⁰. De hecho, desde mi punto de vista, peligroso es el camino que sigue el Supremo con tales interpretaciones, que se apartan de la letra de la ley, y que en última instancia están alterando el sistema de fuentes³¹, como si hubiésemos copiado el modelo del realismo jurídico americano³². No podemos olvidarnos, como doctrina autorizada ha puesto de manifiesto³³, que la posesión de estado es un instrumento que tiene encaje en el sistema de filiación basado en la verdad biológica que regula el Código Civil, dado que presume que aquella persona que trata a otra como su hijo es su progenitor, porque, generalmente, nadie trata a otra persona como su hijo si no es verdaderamente su padre o madre. Por lo que, no tiene mucho sentido estimar la existencia de una filiación basada

29 No obstante, hay quien opina que en realidad no lo equipara, sino que dicho consentimiento permitiría sustentar la acción de reclamación de la filiación, CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La llamada", cit., p. 6.

30 QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 67, apunta que la solución a la que llega el Supremo parte de un análisis muy apegado al caso concreto.

31 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Dilex, 2006, p. 35, llega a decir que esto supone la derogación del régimen de acciones sobre la filiación.

32 GARCÍA AMADO, J.A.: "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil", *Revista La Ley*, 2001, p. 1675.

33 Como apunta DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Es inscribible la filiación matrimonial a favor de la mujer de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida? Comentario a la RDGRN 8 febrero 2017", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 24, 2017, p. 500.

en la posesión estado, tal como está configurada, cuando con certeza sabemos que quién reclama no es su verdadero progenitor. La posesión de estado debe su origen a un momento en el cual no se podía acreditar a ciencia cierta quién era el padre de una determinada persona y, por tanto, teníamos que valernos de presunciones para ello. En esta línea, un sector de la doctrina opina que el Supremo no debería haber extendido la doble maternidad por naturaleza más allá de los límites que marca ley³⁴, y mucho menos recurriendo de forma totalmente inadecuada a la acción de reclamación de la filiación en base a la posesión de estado³⁵. Sin embargo, hay quién es partidario de la aplicación extensiva de las acciones de filiación a supuestos para los que no fueron diseñadas³⁶ y, también, quién opina que la interpretación que ha hecho el Alto Tribunal es “valiente”³⁷.

No cabe duda de que la situación a la que se enfrentaba el Supremo era complicada, habida cuenta que el legislador fue muy poco cauto al no abordar una reforma en profundidad del sistema de filiación, al mismo tiempo que introdujo el matrimonio homosexual en el ordenamiento jurídico español. Solo tímidamente creó el art. 7.3 LTRHA, lo que, como se ha visto, ha causado varios problemas. De esta forma, el Supremo, como en otras ocasiones, ha tenido que recurrir al ingenio para intentar salvar un caso difícil y complejo, que solo debe su origen más inmediato a un auténtico ejercicio de mala técnica legislativa.

Queda patente que la intención del Tribunal Supremo era buena, salvando una inconsistencia legislativa con una interpretación forzada de la ley. En todo caso, parece claro que con miras al interés de la menor y, en último término, evitar la ruptura de los lazos familiares que ya se habían creado con sus otras dos hermanas y su pretendida madre no biológica, determina también su filiación a favor de D^a Lucía.

- 34 QUIJOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., pp. 59-66, la cual pone de relieve la falta de claridad de la sentencia a la hora de formar una doctrina jurisprudencial sobre la materia. De hecho, señala la existencia de juicios de valor, como el que esgrime en el punto 6 del fundamento jurídico 3º. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada”, cit., p. 11 también plantea el poco acierto de la sentencia. Igualmente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es inscribible?”, cit., pp. 499-500; BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España. Una visión crítica*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 136 y 239, y INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación”, cit., p. 807, ponen de relieve la procedente inaplicación del régimen de acciones de filiación a los supuestos especiales regulados por la LTRHA, que no se basan en la verdad biológica.
- 35 La posesión de estado no puede ser causa jurídica para otorgar la filiación jurídica, ya que como afirmó la STS 30 junio de 1988, la posesión de estado “no es sino la situación residual en que puede hallarse la hija cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia, permitan establecer el reconcomiendo presunto de la filiación por la homologación judicial de esas circunstancias, mediante la sentencia firme que lo proclame”.
- 36 VERDERA SERVER, R.: “Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en AA.VV.: *Comentarios a las Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. COBACHO GÓMEZ, coord. J.J. INIESTA DELGADO), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 288 y 289.
- 37 PARRÓN CAMBERO, M.J.: “¿Mater”, cit., p. 3, apunta que el Supremo ha sabido hacer una interpretación conjunta del ordenamiento jurídico, con respeto a los principios que inspiran esta normativa, junto con otros como el interés superior del menor. Así, mediante esta línea jurisprudencial permite que se consoliden situaciones de hecho, que por no estar reguladas no encontraban amparo legal.

No obstante, la ley es la ley, y como tal los jueces están sometidos a ella, por lo que pienso que lo mejor sería una reforma que introdujese la voluntad de ser progenitor a través del uso de técnicas de reproducción asistida como título constitutivo de la filiación³⁸.

De todos modos, el criterio seguido por el Supremo ha sido posteriormente confirmado por la STS 15 enero 2014³⁹, permitiendo igualmente que prospere una acción de reclamación de la filiación en el contexto de una pareja de mujeres no casadas.

III. EL RÉGIMEN DE FILIACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015.

I. Dificultades entorno a la aplicación del art. 7.3 LTRHA.

La introducción del art. 7.3 LRHA en nuestro ordenamiento y la polémica interpretación que el Supremo realizó de tal precepto, generó en gran parte de la doctrina un discurso a favor de la reforma del sistema de filiación. Reforma que debería estar a la altura de las necesidades y realidad actuales.

Varios son los autores que han puesto la legislación catalana como ejemplo de normativa menos rígida, ya que reconoce el consentimiento a la fecundación asistida como título de determinación de la filiación⁴⁰. El Código Civil Catalán (en adelante, CC.Cat) destaca por determinar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial, en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, por el expreso consentimiento al uso de dichas técnicas por la pareja de la mujer gestante (aunque la ley no dice pareja, sino “hombre” o “mujer” por lo que podemos interpretar que un amigo de la gestante también podría ser progenitor). De esta forma, no hace distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial. Asimismo, equipara el régimen a seguir tanto en parejas homosexuales como heterosexuales. De este modo, el art. 253.3 CC.Cat determina que “la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre”. Luego, en el art. 235.8, en cuanto a la filiación matrimonial, dice: “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o

38 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación”, cit., p. 29, se pregunta si lo mejor no sería introducir un nuevo tipo de filiación, cuyo título constitutivo se correspondiese con la “voluntad de procrear, en la forma legalmente prevista”.

39 STS 15 enero 2014 (RAJ 2014, 1265).

40 CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada”, cit., p. 6, ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La doble”, cit., p. 18, y QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., p. 52.

en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento". De la misma forma, en el art. 235.13, respecto a la no matrimonial, dispone: "Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público".

Sin embargo, el legislador nacional no ha seguido ese camino en la reciente reforma del art. 7.3 LTRHA. Con la promulgación de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se modificaron el mentado art. 7.3 y el art. 44 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC). De esta forma, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2015 estableció la siguiente redacción en tales artículos: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge" (art. 7.3 LTRHA), y "También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge" (art. 44.5 LRC). Nótese como la LRC no hace en ningún momento referencia al uso de técnicas de reproducción asistida. He puesto de relieve el art. 44.5 LRC dado que, luego voy a hacer referencia a su tenor en relación con lo manifestado por la controvertida RDGRN 8 febrero 2017.⁴¹

Pero ahora, me voy a centrar en lo dispuesto por el nuevo art. 7.3 LTRHA. Habida cuenta que, según mi opinión, el legislador ha desperdiciado una magnífica oportunidad para actualizar, tal como se venía demandando, el sistema de filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, la nueva redacción da la sensación que es fruto de una reforma irreflexiva, donde solo se han contemplado los problemas prácticos más sonados y acuciantes que había dado lugar el anterior texto⁴². Prueba de ello es el cambio del momento en el cual se ha de prestar el consentimiento (la principal modificación llevada a cabo), ya que ahora se prestará después del nacimiento, no antes, algo que había sido el epicentro de la problemática en la señalada STS 5 diciembre 2013. Si bien, dicho cambio no ha sido aplaudido por la generalidad de la doctrina, la cual considera que el consentimiento posterior no es la mejor opción en esta materia⁴³.

41 RDGRN 8 febrero 2017 (LA LEY 24236, 2017).

42 La doctrina habla directamente de parcheamiento de la normativa, VERDERA SERVER, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 20, 27, 34 y 196.

43 ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La doble", cit., p. 7; BARBER CÁRCAMO, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 108 y ss., la mejor opción sería un consentimiento previo.

Por tanto, a pesar de la reforma, las dificultades distan mucho de haberse solucionado. El paso a un consentimiento posterior, ciertamente elimina la necesidad de tener la precaución de acudir al Registro Civil y declarar ante el Encargado que cuando nazca el hijo de su cónyuge igualmente se determine la filiación a su favor. No obstante, hay aspectos conflictivos que aún no se han solucionado y otros nuevos que se han creado.

Para empezar, en comparación con el texto catalán que he descrito antes, parece mentira que aún no se haya equiparado la situación en la que se encuentran las parejas no casadas homosexuales con las casadas homosexuales. El argumento de que son supuestos distintos a los que el legislador les puede dar un tratamiento distinto, siempre que sea razonable, no me convence. Si en ambos casos la filiación tiene su origen en el mismo hecho (el uso de técnicas de reproducción asistida), por qué se excluye en la propia ley (ni siquiera se las menciona) a las parejas no casadas cuando ellas dentro de su libertad han decidido no contraer matrimonio⁴⁴. Por esta razón, algún autor ya ha manifestado que, quizás, sería posible realizar una aplicación analógica del art. 8.2 LTRHA para estos casos.⁴⁵

También, llama la atención que el legislador haya hecho oídos sordos a la postura del Supremo sobre la materia. La eliminación de los formalismos. Si el propio Tribunal Supremo hizo ver que lo más sencillo y acertado sería dar valor al consentimiento prestado sobre el uso de técnicas de reproducción asistida, esto es, “la voluntad concorde de ser progenitoras”.⁴⁶ Por qué motivo se exige un posterior consentimiento, a modo de ratificación, confirmatorio del que seguramente haya prestado en la clínica. Hay que señalar que la ley no exige el consentimiento de la no gestante para iniciar el proceso de reproducción asistida.

Por lo que respecta a los nuevos interrogantes que surgen, hay que hacer hincapié en dos aspectos sobre los que la nueva legislación no es nada precisa. Por un lado, el momento concreto en el que ha de realizarse la declaración o el consentimiento a la determinación de la filiación. Y, por otro lado, como ha de realizarse dicho consentimiento o declaración.

Si analizamos el primero, la ley dice que deberá consentirse una vez haya nacido el menor. ¿Supone esto que la maternidad estará abierta durante toda

44 Me remito a lo que la doctrina ha dicho en otras sedes sobre lo absurdo que resulta hoy en día diferenciar entre una relación de pareja matrimonial y una no matrimonial. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del receptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 216.

45 ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La doble”, cit., p. 17.

46 De todos modos, hay quien señala que el Supremo no es claro en este punto, QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación*, cit., pp. 65 y 66. Con acierto, afirma que no se distingue con seguridad cuál es el consentimiento que verdaderamente sustentaría la filiación. Si el expresado por la mujer no gestante en la clínica, la voluntad concorde de ambas o el consentimiento de la no gestante reforzado por la posesión de estado a modo de complemento.

la vida del menor? No tiene mucho sentido instaurar mediante este precepto una suerte de “maternidad potestativa” o “voluntaria” en la que la mujer no gestante pueda decidir sin sujeción a plazo si quiere ser madre o no, aunque si nos atenemos a la literalidad de la norma es perfectamente posible. Como algún autor señala, lo más lógico y conveniente para el interés del menor será interpretar la norma de forma sistemática⁴⁷. En este sentido, debido a que la norma remite a la LRC y su reflejo registral, el art. 44.5 LRC, se encuentra en el apartado relativo a la inscripción del nacimiento, lo más razonable será que el consentimiento se haya de prestar durante los trámites que regula el art. 44 relativos a la inscripción del nacimiento. Pero, al final, nos volvemos a encontrar con el mismo obstáculo, los formalismos. Qué sucede si no se presta el consentimiento en ese momento. ¿Le quedaría por siempre vedada la posibilidad de fijar su maternidad a la mujer no gestante? Una pregunta que todavía no tiene respuesta. Si bien me aventuraría a decir que en base a la seguridad jurídica debería precluir esa opción, salvo que nos encontremos en una situación grave como podría ser el fallecimiento de la mujer gestante.

En cuanto al segundo, más o menos creo que ha quedado respondido con lo anterior. Ante la parquedad del precepto, podemos entender que la voluntad de la mujer no gestante deberá quedar acreditada durante los trámites de inscripción del nacido, por ejemplo, en el documento oficial firmado por ambas que regula el art. 44.3 LRC. Sin embargo, volvemos a lo anterior, si la mujer no gestante no ha manifestado esa voluntad en el momento de la inscripción, ¿será posible atribuir la filiación mediante un documento público como una escritura o una disposición testamentaria?

Conectado con lo que he expuesto, surge otra controversia, ¿Qué valor le otorgamos al consentimiento prestado en la clínica?⁴⁸. Esta pregunta cobra mucha importancia cuando nos encontramos con que la mujer no gestante no se ha ratificado tras el nacimiento. Aparece entonces la duda de si la gestante podría obligar a la no gestante a consentir en el Registro Civil. También cabe plantarse que sucedería en el supuesto de que la gestante se oponga a la inscripción o que, directamente, la pareja ya se haya roto en el momento del nacimiento. Incluso, en el peor de los casos, imaginemos que la madre gestante muere en el parto. Siendo requisito previo el estar casado con la mujer gestante, al momento de la muerte se disuelve el matrimonio.

Sin embargo, todas las divagaciones que hagamos caen en saco roto, habida cuenta que el Tribunal Supremo ya ha manifestado cuál es su opinión al respecto.

47 ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La doble”, cit., pp. 7-9.

48 Ídem, *Ibid.*, pp. 14-18, habla sobre las opciones que existirían en caso de que el consentimiento haya sido prestado por otras vías.

Si lo determinante, según la doctrina del Alto Tribunal, es la voluntad de ser progenitor manifestada en la clínica, considero que la declaración o ratificación posterior es irrelevante pudiendo, con carácter general, reclamar judicialmente la maternidad si ya manifestó en la clínica su voluntad⁴⁹. Otra cosa es que la mujer no haya manifestado su voluntad en la clínica, algo a lo que la ley no obliga. En cuyo caso, su maternidad quedaría supeditada al consentimiento posterior al que hace referencia la ley.

2. El criterio de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017.

Llegados a este punto, hay que decir que la consecución de incoherencias, dudas y callejones sin salida a la que nos ha abocado, por un lado, un legislador que no ha querido llevar a cabo un replanteamiento del sistema en profundidad, y, por otro lado, un Tribunal Supremo que se ha enfrentado abiertamente contra el deficiente criterio que marca la ley, no ha acabado aquí. Un nuevo exponente anti formalista centrado en una justicia material llevada al caso concreto es la RDGRN 8 febrero 2017.

No obstante, si la STS 5 diciembre 2013 ya fue criticada por lo forzado de sus argumentos, la RDGNR da un paso más allá y consigue lo que parecía imposible, enrevesar más la cuestión con una interpretación poco menos que estrafularia del art. 44.5 LRC. Una interpretación que, en resumidas cuentas, atribuye a dicho artículo la creación de un nuevo título de atribución de la filiación desconectado del art. 7.3 LTRHA. Esto es, considera que el legislador ha pretendido con el nuevo artículo 44.5 LRC crear otra forma de determinar la llamada doble maternidad por naturaleza. Mientras el artículo 7.3 LTHA sería una forma de determinar tal filiación en el marco del uso de las técnicas de reproducción asistida, el art. 44.5 LRC no exigiría su utilización y, en consecuencia, no haría falta su prueba.

La RDGNR parte del siguiente supuesto de hecho: La mujer no gestante había acudido al Juzgado de Paz de Benidoleig con el objeto de que se inscribiese a su favor la filiación del nacido de la gestante, su cónyuge. Su solicitud no fue atendida, ya que le informaron que lo que debía hacer era acudir al Registro Civil de Denia. Sin embargo, una vez solicitó la inscripción, el encargado del RC en la Resolución de 22 de agosto de 2016 denegó la inscripción, porque la promotora, con apoyo en el art. 44.5 LRC, había realizado tal solicitud sin aportar la prueba de haber recurrido a TRHA. La resolución fue recurrida, pero el menor solo fue inscrito con la filiación de la gestante.

⁴⁹ *Ut supra*, he señalado que el recurso a la posesión de estado me parece una mera excusa, que incluso el propio Supremo parece veladamente reconocer. Siendo lo determinante la voluntad procreacional. Asimismo, creo que, tomando la doctrina del Supremo, también sería posible que la gestante o incluso el nacido (una vez alcanzase la mayoría de edad) pudiesen reclamar la maternidad frente a la no gestante si, está última, consintió en la clínica en su día.

La solución a la que llega la DGNR al resolver dicho recurso es ciertamente singular, pero responde otra vez a un ejercicio de dar justicia al caso concreto, salvar una situación de hecho que no encuentra amparo en la ley. Su postura parte de considerar que el legislador con la introducción del art. 44.5 quiso facilitar la determinación de la filiación en estos casos y, en consecuencia, no haría falta la prueba del recurso a TRHA. Buena parte de la doctrina ya ha manifestado su desacuerdo, ya que entender que el art. 44.5 LRC está desconectado el art. 7.3 LTRHA es muy aventurado⁵⁰.

De todos modos, lo más arriesgado de la resolución no es establecer si el legislador quiso o no crear un nuevo título de atribución de la filiación. Sino las consecuencias de orden práctico que se derivan de ello, sobre todo por la no exigencia de prueba.

Un sector de la doctrina ya ha puesto de manifiesto el acercamiento que supone esa interpretación al caso del reconocimiento de complacencia⁵¹. Si se desvincula este título del ámbito de las TRHA, y se basa en la mera voluntad de tener descendencia, qué diferencia hay con los reconocimientos de complacencia.

Asimismo, la falta de prueba ha supuesto que la DGNR reconozca que la filiación ex art. 44.5 LRC sería una especie de filiación de “segunda categoría”, dado que sería impugnabile, a diferencia de la filiación ex art. 7.3 LTRHA. En este punto hay que hacer algunas matizaciones, primero es discutible que la filiación ex art. 7.3 LTRHA sea inimpugnabile porque la propia ley no lo reconoce; no obstante, podemos entender que por extensión del art. 8.1 LTRHA o, simplemente, por ser una filiación derivada del uso de tales técnicas en virtud del art. 7.3 LTRHA, dicha filiación sería inimpugnabile⁵². Segundo, reconocer el uso de las acciones de filiación en un ámbito donde, en principio, lo que prima no es la verdad biológica, supone crear más caos en lo que ya no es ordenado.

50 Para VERDEA SERVER, R.: *La reforma*, cit., pp. 120 y ss., el art. 44.5 LRC no sería más que la proyección registral de la doble maternidad por naturaleza y sería coincidente con el artículo 7.3 LTRHA. En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es inscribible?”, cit., pp. 497 y 498, lo que pretende aseverar la DGNR es inverosímil, porque en estos casos “la única manera cabal de explicarla [la filiación] es acreditar la práctica de la reproducción asistida”. Igualmente, MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F.: “El artículo 44.5 de la Ley del Registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la RGRN” (consultado el 30 de mayo de 2018), párrafo 12, opina que el artículo 44.5 LRC no es más que una norma adjetiva necesariamente vinculada al art. 7.3 LTRHA.

51 ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La doble”, cit., p. 21. El documento se encuentra disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>

52 BARBER CÁRCAMO, R.: “Doble maternidad”, cit., pp. 122 y ss., considera que solo se puede impugnar por falta de validez del título. Así, la SAP Palma de Mallorca, Secc. 4ª, 5 diciembre 2012 (ROJ IB 2836, 2012), admitió la impugnación por faltar los requisitos del art. 7.3 LTRHA. De todas formas, la doctrina anti formalista del Supremo podría hacer que la filiación fuera inimpugnabile, al estar basada en la voluntad procreacional.

Entonces, cuando la DGNR señala que dicha filiación se puede impugnar, ¿a qué se refiere? Entendemos, como cierta doctrina apunta⁵³, que las madres no podrían impugnarla, por las mismas razones que la filiación ex art. 7.3 LTRHA. Sin embargo, el padre biológico si que podría, dado que, si se trata de un donante conocido y reclama su paternidad, con la ley en la mano no se le podría negar, habida cuenta que el sistema de acciones de filiación está pensado para la búsqueda de la verdad biológica. Aunque, considero que si la ley no excluye la paternidad en esos casos, no podemos afirmar que la doble maternidad por naturaleza excluya a la paternidad⁵⁴. Así que, pienso que nada impediría que, estos casos, concurriesen dos maternidades (una por naturaleza y otra basada en la voluntad procreacional) y una paternidad por naturaleza. Idea que voy a desarrollar mejor en el siguiente epígrafe.

Por tanto, el camino que ha abierto la DGRN está lleno de incertidumbres y lo único que favorece es que las futuras madres acudan a otras vías alternativas poco seguras para cumplir su deseo, en detrimento de las acreditadas técnicas de reproducción asistida reguladas, valga la redundancia, por la LTRHA⁵⁵. Algún autor ya ha puesto de relieve los riesgos, así como la ilicitud que acompañan a la venta de esperma por internet⁵⁶. De igual manera, el reconocimiento de la impugnación de la maternidad así determinada, hasta que no se aclare si es compatible la paternidad biológica con la doble maternidad por naturaleza, implica someter a los menores a una situación donde la seguridad jurídica y la protección de la estabilidad familiar brillan por su ausencia. Porque si seguimos el criterio de la DGRN favoreceríamos la instauración de una especie de “maternidad suspensiva” que se mantendría, en tanto en cuanto el verdadero padre no reclamase su paternidad.

3. De aquellos polvos vienen estos lodos: La SAP valencia, 27 de noviembre de 2017.

Efectivamente, la sorprendente RDGRN 8 de febrero de 2017 ya ha tenido consecuencias. La reciente SAP Valencia, 27 noviembre 2017⁵⁷, ha resuelto un caso en el que el padre biológico de una menor, que previamente había renunciado a todo “derecho de paternidad que pudiese tener sobre la menor que naciera de

53 ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La doble”, cit., pp. 26 y 27.

54 INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 954 y ss.

55 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es inscribible?”, cit., p. 498.

56 QUICIOS MOLINA, S.: “Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación”, *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 368-376, la adquisición onerosa de gametos, ya sea en persona o por internet, es ilegal. Dado que, “patrimonializa y convierte en objeto al ser humano, lo que es contrario a su dignidad”. Mención aparte, no solo por su ilicitud sino por su más que dudosa ética, merece la venta de esperma por internet que realizan determinadas empresas como la que pone de relieve QUICIOS MOLINA en el citado artículo.

57 SAP Valencia, 27 noviembre 2017 (JUR 2018, 56440).

dicha inseminación", ha reclamado la paternidad de su hija biológica. Y la Audiencia Provincial de Valencia ha fallado a favor del hombre.

Básicamente, el supuesto era el siguiente: Un varón había donado su semen a un matrimonio de mujeres para que pudieran llevar a cabo una inseminación artificial doméstica. Además, el hombre había renunciado en un documento a todo derecho sobre la menor. Sin embargo, posteriormente se arrepintió de lo estipulado y decidió reclamar su paternidad. En el momento de la reclamación, la menor ya había nacido y había sido inscrita como hija matrimonial de las dos mujeres, algo que fue posible al no exigirse prueba sobre el uso de TRHA. No obstante, en primera instancia le dieron la razón al varón, las mujeres recurrieron, pero, como he adelantado, el recurso no ha prosperado.

En pocas palabras, el argumento de las mujeres era que se aplicase analógicamente el art. 7.3 LTRHA para que la filiación tuviese el carácter de inimpugnable. Tal afirmación caía por su propio peso dado que la propia DGRN reconoció en la discutida resolución que la filiación establecida ex art. 44.5 LRC sería una filiación distinta del art. 7.3 LTRHA, que sí sería impugnabile. Siendo dicha postura lo más razonable que contiene esa resolución, porque, indudablemente, una filiación que no haya sido fruto del uso de TRHA (en las cuales el donante es anónimo y expresamente se dispone que al no tener como finalidad la verdad biológica se excluye la impugnación) es perfectamente impugnabile o, mejor dicho, es perfectamente reclamable por el verdadero progenitor. Digo esto, porque como he postulado antes, opino que la segunda maternidad por naturaleza (es decir, la que es una ficción legal) no es incompatible con una paternidad por naturaleza, porque se basan en títulos distintos y la ley no lo excluye expresamente⁵⁸. Otra cosa es que considere que no podemos interpretar el art. 44.5 LRC como un nuevo título de atribución de la filiación ajeno a las TRHA. Es decir, si afirmamos que, teóricamente, en virtud del art. 44.5 LRC no podemos crear un nuevo título de determinación de la filiación, en un caso como el enjuiciado por la Audiencia de Valencia, donde la situación ya parte de una inscripción basada en la interpretación que realizó la DGRN sobre el art. 44.5 LRC, pienso que nada impediría el mantenimiento de la segunda maternidad por naturaleza, como forma de no quebrar una situación de hecho. En realidad, creo que, si llega al Supremo, es posible que esta sea la postura que adopte el Alto Tribunal. Principalmente, por los siguientes motivos: Si el Supremo mantiene que lo determinante en el ámbito de la fecundación artificial es la voluntad procreacional y, más específicamente en estos casos, la voluntad concorde de ambas mujeres de ser madres. Esto es, una posición completamente anti formalista. Creo que, para evitar romper el vínculo ya creado con su segunda madre, podría reconocer, por un lado, la doble

58 No opina igual QUICIOS MOLINA, S.: "Inseminaciones", cit., p. 381, donde señala que una situación como esa sería impensable en nuestro ordenamiento.

maternidad por naturaleza y, por otra, la paternidad biológica del varón. Entonces, solo habría que fijar un derecho de visitas, por ejemplo, a favor del varón (si las madres ya tienen un hogar común) y, además, la menor se vería beneficiada de tener no solo dos progenitores, sino tres, lo que supone aumentar también su derechos sucesorios y alimenticios.

Cierto es, que, en última instancia, una solución como la propuesta seguiría favoreciendo acudir a este tipo de inseminaciones, debido a que otras parejas de mujeres podrían ver al final recompensado no recurrir a las TRHA. De hecho, con el argumento que he señalado de “evitar romper el vínculo” o “no romper una situación de hecho”, los encargados del Registro Civil deberían inscribir, aunque no se probase el uso de técnicas de reproducción asistida. Por lo que, en definitiva, lo que estoy describiendo es la dificultad a la que nos enfrentamos a la hora de analizar estas situaciones. Esta es la razón por la que resulta urgente una reforma legislativa en profundidad de la cuestión que valore, sobre todo, qué lugar le corresponde al consentimiento o voluntad procreacional.

En la sentencia que acabo de analizar, el Tribunal se decantó por atribuir la paternidad al varón en detrimento de la segunda maternidad de la mujer no gestante. Consideró que, por respeto a la verdad biológica, debía avalar la reclamación del actor, habida cuenta que no nos encontrábamos ante un supuesto análogo al art. 7.3 LTRHA sino ante “una infracción o soslayamiento de la propia norma”. Igualmente, entendió que la renuncia al estado civil es contraria al art. 1255 CC, es decir, contrario “al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales”. Por último, manifestó que, por la temprana edad de la menor, la decisión no era contraria a sus intereses, al no romperse ningún vínculo creado (por ella) y solamente implicar una reorganización familiar.

IV. EL FUTURO DE LA FILIACIÓN Y SU ENCAJE CON EL FENÓMENO DE LAS TRHA.

A modo de conclusión, tras haber analizado los cambios introducidos en la materia en los últimos años (centrándonos, principalmente, en el caso de la doble maternidad por naturaleza). La sensación que tengo es que las soluciones a las que han llegado los distintos operadores jurídicos, en las diferentes resoluciones que hemos descrito, parten de un enfoque muy centrado en el caso concreto. Es decir, considero que los criterios de los que se han servido han sido elegidos en función del resultado que iban a producir en cada supuesto. Incluso la reciente SAP Valencia, 27 noviembre 2017, que podríamos decir es más legalista en la medida que ha aplicado el régimen general a una inseminación artificial doméstica

(por no estar contemplada la IAD en la LTRHA), diría que no hubiese sido tan drástica si la consecuencia hubiese sido más grave. Dicho de otro modo, si en lugar de ser el padre biológico quien impugnase para reclamar su paternidad, hubiese sido la madre gestante contra la no gestante en el marco de un proceso de crisis matrimonial, pienso que, tal vez, con apoyo en la tesis anti formalista no hubiese sido estimada la demanda.

En resumen, creo que con la finalidad de no quebrar situaciones de hecho que no encontraban amparo legal se han esgrimido algunos argumentos con poco o ningún sustento legal. Si bien, al mismo se ha evidenciado la falta de acierto del legislador a la hora de regular la cuestión. De hecho, puede que sea el recurso a la voluntad procreacional el camino más sencillo para avanzar en el tema⁵⁹. De todos modos, como expuesto basarnos solo en la voluntad, más allá del uso de TRHA también tiene sus inconvenientes, puesto que fomentaría el uso de IAD e igualmente chocaría con la situación actual de los reconocimientos de complacencia.

Por todo ello, tal vez una solución a la catalana⁶⁰ o incluso a la argentina⁶¹ podría ser lo más adecuado. Así, una posible reforma podría fundarse en reconocer un nuevo tipo de filiación basado en el uso de técnicas de reproducción asistida y, al mismo tiempo, crear un nuevo título de determinación de la filiación que gire en torno al consentimiento prestado en la clínica por el hombre o la mujer (que fuese similar al art. 253.13 CC.Cat). Sin que hiciese distinción entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como sin distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales. Siendo la única diferencia el recurso a la presunción de paternidad en el matrimonio heterosexual, por motivos obvios.

De esta forma, en el documento firmado en la clínica ya quedaría previamente determinada la filiación y el Encargado del Registro Civil, en el momento de la inscripción del nacimiento, exigiría dicho documento. En el cual quedaría acreditado el recurso a las técnicas de reproducción asistida y quiénes son los progenitores del menor. Sin que, una vez manifestado el consentimiento en la clínica, fuese posible renunciar o impugnar la filiación.

Esta propuesta implicaría la necesaria acreditación del recurso a la TRHA, pero dada la dificultad de la cuestión, también presenta resquicios. Los cuales

59 ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La doble", cit., p. 31.

60 *Ut supra* he apuntado los artículos del CC.Cat que regulan esta materia, y que se basan fundamentalmente en el consentimiento prestado en la clínica.

61 Aunque realizando algunos cambios, podríamos inspirarnos en la reciente reforma del Código Civil y Comercial argentino que ha creado un nuevo tipo de filiación (filiación por reproducción asistida) y, a su vez, ha establecido como títulos de determinación, el parto y el consentimiento del hombre o mujer casados con la mujer que da a luz. Sin embargo, como digo habría que hacer algunas matizaciones, porque han extendido la presunción de filiación matrimonial a los matrimonios de mujeres, con las complicaciones que en sede de impugnación judicial podría conllevar.

serían básicamente dos: Primero, seguiríamos sin abordar que tratamiento se le da a las IAD, porque admitir la procedencia de las acciones de filiación (basadas en la verdad biológica) distorsiona enormemente el asunto. Segundo, tampoco resolvería lo que sucede si la pareja de la mujer gestante no consiente en la clínica. Esto es, si basamos la atribución de la filiación al consentimiento en la clínica, en el caso de que la pareja no consienta, ¿se le vedaría por siempre una hipotética determinación de la filiación a su favor? En otras palabras, como evidentemente no podríamos obligar a la pareja de la gestante a que consienta ser madre del nacido, ¿podría reclamar en un futuro en base a la posesión de estado si también se encarga del cuidado del menor y se “arrepiente” de no haber consentido? De todos modos, ese hipotético caso sería muy residual, ya que no sería muy coherente, si la pareja tiene un proyecto de vida en común, que la mujer no gestante no consintiese.

En definitiva, lo que quiero poner de relieve es que, dada la complejidad de la cuestión, ni siquiera recurrir al consentimiento prestado en la clínica es la panacea. Las tendencias de la sociedad actual, como es el auge de las inseminaciones caseras, hacen que soluciones como la que nos parecía dar el Supremo se queden cortas. Por lo que el legislador debe estar a la altura de las circunstancias para abordar, de la forma más satisfactoria para todos, una nueva realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, 14ª ed., Bosch, Barcelona.

ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret*, núm. 2, Barcelona, 2018.

BEARD, M.: *SPQR, Una historia de la Antigua Roma*, Crítica, 1ªed., Barcelona, 2016.

BARBER CÁRCAMO, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", en *REDUR*, núm. 8, 2010.

BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España. Una visión crítica*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.

BARBER CÁRCAMO, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La llamada doble maternidad 'por naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, núm. 8240, 2014.

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Dilex, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Es inscribible la filiación matrimonial a favor de la mujer de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida? Comentario a la RDGRN 8 febrero 2017", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 24, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (a cura di: G. CONTE e S. LANDINI), Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

GARCÍA AMADO, J.A.: "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil", *Revista La Ley*, 2001.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011 y 2017.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F.: “El artículo 44.5 de la Ley del Registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la RGRN”. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>

PARRÓN CAMBERO, M.J.: “¿Mater semper certa est?”, *Diario La Ley*, núm. 8293, 2014.

QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación e Impugnación de la Filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2014.

QUICIOS MOLINA, S.: “Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación”, *RJUAM*, núm. 35, 2017.

VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Minim, Valencia, 2002.

VERDERA SERVER, R.: “Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en AA.VV.: *Comentarios a las Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. COBACHO GÓMEZ, coord. J.J. INIESTA DELGADO), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

VERDERA SERVER, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

